

# VU Research Portal

## Case note: Hoge Raad (Geen ambtshalve cassatie)

Borgers, M.J.

2010

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., (2010). *Case note: Hoge Raad (Geen ambtshalve cassatie)*, No. 673, Feb 09, 2010. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2010).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

Noot van M.J. Borgers

1.

De verdachte in de hierboven afgedrukte zaak is door het gerechtshof veroordeeld wegens – kort gezegd – samenscholing op het Jaarsbeursplein in Utrecht. Tegen de veroordeling komt de verdachte op met onder andere de klacht dat de bewezenverklaring niet wordt gesteund door de bewijsmiddelen, althans ontoereikend met redenen is omkleed. In de toelichting op dit middel wordt betoogd dat de verdachte door de politie onder dwang naar het Jaarsbeursplein is bewogen en dat hem daarom geen verwijt treft dat hij zich aldaar in een groep van circa 25 personen bevond. Derhalve zou uit de bewijsmiddelen – in het bijzonder het gebezigde proces-verbaal van een opsporingsambtenaar, waarin wordt gerelateerd dat de verdachte op het Jaarsbeursplein heeft deelgenomen aan een samenscholing – niet kunnen volgen dat de verdachte het bewezenverklaarde feit heeft begaan.

A-G Machielse constateert, met een blik over de papieren muur, dat de verdachte zich met een groep personen heeft bevonden in de hal van het station Utrecht Centraal, naar aanleiding waarvan de politie deze groep naar het Jaarsbeursplein heeft gevoerd teneinde aldaar tot aanhouding over te gaan. Dat lijkt te betekenen dat de samenscholing heeft plaatsgevonden nabij, maar niet op het Jaarsbeursplein. Machielse gaat er dan ook van uit dat het gerechtshof abusievelijk ‘te weten op het Jaarsbeursplein’ in plaats van ‘in de stationshal van het station Utrecht Centraal’ bewezen heeft verklaard. Echter, omdat de door het gerechtshof gebezigde bewijsmiddelen niet reppen van een samenscholing in die stationshal, concludeert de A-G dat het middel slaagt. Daarbij gaat Machielse uit van een welwillende lezing van het middel door daar de klacht in te lezen dat hetgeen bewezen is verklaard, niet uit die bewijsmiddelen kan volgen (zie de slotzin van onderdeel 3.1 van de conclusie). Want op de keper beschouwd, snijdt het middel dit specifieke punt niet aan.

De Hoge Raad verwierpt het middel, evenals het andere middel (dat betrekking heeft op het niet-honoreren van het beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid), met toepassing van artikel 81 RO. De Hoge Raad voegt daaraan toe — en dat geeft aanleiding tot een nadere beschouwing — dat in de cassatiemiddelen er niet over wordt geklaagd dat uit de gebezigde bewijsmiddelen niet kan volgen dat het feit op de bewezenverklaarde plaats (het Jaarsbeursplein) is begaan. De Hoge Raad is, anders dan A-G Machielse, niet bereid het cassatiemiddel welwillend te lezen. Dat betekent dat de Hoge Raad de toelichting op het middel van doorslaggevende betekenis acht. Daarin wordt geklaagd over de ontoereikendheid van de bewezenverklaring in verband met het ontbreken van verwijtbaarheid, maar niet specifiek in verband met de bewezenverklaarde pleegplaats. Ook voor ambtshalve cassatie ziet de Hoge Raad kennelijk geen aanleiding.

2.

Na een opmaat in HR 13 september 2005, LJN AT5934, laat de recente rechtspraak met enige regelmaat uitspraken zien waarin de Hoge Raad, al dan niet met toepassing van artikel 81 RO, middelen verwerpt, daarbij stellend dat over een bepaald punt niet wordt geklaagd. Zie HR 29 januari 2008, NJ 2008/88, HR 15 september 2009, LJN BI8559, HR 15 september 2009, LJN BI8560, HR 22 september 2009, NJ 2010/637 m.nt. Y. Buruma, HR 25 mei 2010, LJN BL8761 en HR 7 december 2010, LJN BN9355; vgl. voorts HR 21 oktober 2008, NJ 2008/610 m.nt. P.A.M. Mevis, waarin het middel, mede vanwege het ontbreken van een bepaalde klacht, als ondeugdelijk wordt aangemerkt. De punten waarover in deze zaken niet of niet voldoende specifiek wordt geklaagd, betreffen: het niet-beslissen op het verzoek tot het verrichten van nader onderzoek; het aanleggen van de verkeerde maatstaf bij het beoordelen van een verzoek tot het horen van een deskundige; het ontbreken van een proces-verbaal van het onderzoek in raadkamer; het hebben volstaan met een opgave van de bewijsmiddelen, terwijl niet is voldaan aan de voorwaarden van artikel 359 lid 3, tweede volzin, Sv; en het ten onrechte geven van een bevel tot teruggave van in beslag genomen voorwerpen. In deze zaken heeft de Advocaat-Generaal telkens geconcludeerd tot vernietiging van de bestreden uitspraak vanwege het desbetreffende punt (ambtshalve, dan wel op basis van een welwillende lezing van het middel). De opmerking van de Hoge Raad dat over een bepaald punt niet wordt geklaagd, laat zich in deze zaken dan ook beschouwen als een reactie op de conclusie van de Advocaat-Generaal. Volledigheidshalve voeg ik hieraan nog toe dat in deze zaken — met uitzondering van NJ 2008/610 — de cassatieschriftuur op zichzelf wel aan de daartoe te stellen (ontvankelijkheids)eisen voldoet. Het probleem is, eenvoudig gezegd, dat de schriftuur niet de juiste klacht, of in elk geval een onvoldoende specifiek geformuleerde klacht, bevat. (Overigens zijn er ook zaken waarin de Hoge Raad naar voren brengt dat over een bepaald punt niet wordt geklaagd, maar dat veeleer lijkt te doen om scherp te stellen waarover het middel wél klaagt en waarover de Hoge Raad zich dus uitspreekt. In deze zaken bestaat niet direct aanleiding te veronderstellen dat de bestreden uitspraak een gebrek vertoont. Vgl. HR 19 juni 2007, LJN BA3627, HR 27 januari 2009, LJN BG5558 en HR 26 mei 2009, NJ 2009/263 m.nt. J. Legemaate. Om deze zaken gaat het mij hier niet.)

De Hoge Raad lijkt duidelijk te willen maken dat het gegeven dat de verdachte/de klager niet zelf over het aan de uitspraak klevende gebrek is gevallen, relevant is voor de beslissing om niet ambtshalve in te grijpen dan wel in het middel iets te lezen dat daar eigenlijk niet staat. Het is immers aan degene die het cassatieberoep instelt om te expliciteren op welk punt aanspraak wordt gemaakt 'op de rechtsbeschermende functie van de cassatierechtspraak' (aldus A-G Vellinga in onderdeel 28 van zijn conclusie voor HR 24 februari 2004, NJ 2004/477). Dat betekent dat indien over het desbetreffende gebrek wel – duidelijk – zou zijn geklaagd, gegrondverklaring van de klacht in de rede zou liggen (vgl. ook Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 785). Ik geef hiervan twee illustraties, om het contrast met de zojuist besproken zaken te tonen. In HR 30 maart 2009, LJN BL7813, casseert de Hoge Raad omdat de bewezenverklarde periode niet uit de gebezigde bewijsmiddelen kan worden afgeleid, terwijl A-G Machielse betoogt dat het gerechtshof 'slechts' heeft verzuimd een op dat punt relevante zin uit een verklaring van de verdachte over te nemen, zodat de Hoge Raad de bewijsvoering in die zin zou kunnen verbeteren (teneinde het middel bij gebrek aan feitelijke grondslag te verwerpen). Voorts wijs ik erop dat de Hoge Raad vrijwel standaard tot vernietiging overgaat indien de feitenrechter heeft volstaan met een opgave van de bewijsmiddelen terwijl niet wordt voldaan aan de daartoe gestelde voorwaarden in artikel 359 lid 3 Sv (vgl. voor een overzicht de noot van Mevis onder

HR 5 januari 2010, NJ 2010/638). Zo onderneemt de Hoge Raad in HR 26 mei 2009, NJ 2009/260 en HR 9 juni 2009, NJ 2009/285 — anders dan door de A-G voorgesteld — geen ‘reddingspoging’.

3.

Speelt in de hierboven afgedrukte zaak en de daarmee vergelijkbare zaken nog een rol dat de uitspraak waartegen in cassatie wordt opgekomen, materieel gezien juist is, ook al is door de Advocaat-Generaal een gebrek in die uitspraak geconstateerd? Hoewel het zonder kennis van de onderliggende dossiers niet met zekerheid valt te zeggen, komt het mij voor dat deze vraag positief kan worden beantwoord, mits men ‘juist’ vervangt door ‘niet evident onjuist’. Voor zover gegrondbevinding van de klacht zou hebben geleid tot ver- of terugwijzing, staat geenszins vast dat in deze zaken een wezenlijk andere uitkomst zou zijn bereikt. Ik licht dit kort toe.

In de hierboven afgedrukte zaak heeft A-G Machielse op grond van het dossier kunnen constateren dat de verdachte in de stationshal met een groep personen heeft staan wachten. Dat duidt erop dat buiten de door het gerechtshof gebezigde bewijsmiddelen andere bewijsmiddelen voorhanden zijn waaruit dat blijkt. Indien ten onrechte niet is beslist op een verzoek tot het verrichten van nader onderzoek (NJ 2008/88), is daarmee niet gezegd dat dit verzoek ook had moeten worden gehonoreerd. In NJ 2008/610 zou men de motivering van de afwijzing van het verzoek tot het horen van een deskundige ook uitgaande van de juiste beoordelingsmaatstaf als toereikend hebben kunnen beschouwen (vgl. in die zin ook onderdeel 4 van de noot van Mevis onder dit arrest). Het feit dat het proces-verbaal van het onderzoek in raadkamer ontbreekt in het dossier (LJN BI8559), betekent op zichzelf niet dat er iets mis zou zijn gegaan bij de behandeling van het klaagschrift. Dat het gerechtshof ten onrechte heeft volstaan met een opgave van de bewijsmiddelen (NJ 2010/637 en LJN BL8761), leidt niet noodzakelijkerwijs tot de gevolgtrekking dat het voor de veroordeling benodigde bewijs in het dossier zou ontbreken of dat anderszins vrijspraak had moeten volgen (vgl. ook Buruma in zijn noot onder NJ 2010/637).

Gegrondbevinding van de klacht dat ten onrechte een last tot teruggave is gegeven, zou in de omstandigheden van een zaak als LJN BN9355 tot niet méér hebben geleid dan een vernietiging van de bestreden uitspraak voor zover die last is gegeven en een verwerping van het beroep voor het overige (vgl. HR 19 juni 2007, NJ 2007/358 en HR 19 juni 2007, NJ 2007/361).

Uiteraard geldt hierbij telkens dat een (nadere) toelichting door of namens degene die het cassatieberoep heeft ingesteld, een ander licht op de zaak zou hebben kunnen doen schijnen. Ook mag worden verondersteld dat de Hoge Raad, naar aanleiding van het door de Advocaat-Generaal gesignaleerde gebrek, zich binnen zekere grenzen in het dossier heeft verdiept teneinde zich een beeld te vormen van de deugdelijkheid van de uitspraak. Maar zolang dan niet duidelijk blijkt van een ‘zeer wezenlijke fout’ — en daarvan is niet snel sprake (zie nader A-G Vellinga in onderdeel 28-29 van zijn conclusie voor HR 24 februari 2004, NJ 2004/477) —, zal ambtshalve cassatie in principe achterwege blijven (vgl. onder andere Van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2009; zie ook Van Schendel in: *De werkwijze van de hoogste rechtscolleges*, Den Haag: BJu 2007, p. 124-127, waarin een grote mate van terughoudendheid met ambtshalve cassatie wordt bepleit).

4.

Op zichzelf past het hierboven afgedrukte arrest — evenals de daarmee samenhangende rechtspraak — in de lijn die de Hoge Raad reeds geruime tijd volgt met betrekking tot (het niet toepassen van) ambtshalve cassatie: de Hoge Raad ziet pas aanleiding om ambtshalve in te grijpen als er echt iets wezenlijks fout is gegaan. Dat de Hoge Raad er zo expliciet op wijst dat een bepaalde klacht ontbreekt, kan worden gezien als een bevestiging van deze lijn. Voorts lijkt de Hoge Raad met die opmerking te willen verwoorden dat hij ook niet bereid is — in elk geval niet in de hierboven afgedrukte zaak — om een klacht die langs de kern van het eigenlijke gebrek heengaait, welwillend uit te leggen, zeker niet indien geen fundamenteel gebrek in de bestreden uitspraak in het oog springt.

Deze opstelling van de Hoge Raad past bij de — normstellende — rol die de Hoge Raad blijkens het rapport van de commissie-Hammerstein over de versterking van de cassatierechtspraak (2008) zou moeten vervullen. In de kern komt het erop neer dat de Hoge Raad zich concentreert op de zaken die er vanuit het perspectief van rechtsbescherming, rechtseenheid en rechtsvorming werkelijk toe doen, omdat er ‘juridische vragen of wezenlijke rechtsbeschermingsproblemen spelen’ (p. 39 van het rapport). Daarbij is van belang dat degene die het cassatieberoep instelt, dat ook doet met een duidelijke inzet. Immers, de Hoge Raad ‘is er niet om elke zaak — al dan niet ambtshalve — door te pluizen op oneffenheden’ (p. 45 van het rapport). De ramen staan bij de Hoge Raad weliswaar open (vgl. NJB 2001/p. 699), maar de poort gaat soms dicht.

In het rapport van de commissie-Hammerstein is onder andere het voorstel gedaan om te voorzien in een selectiemechanisme. In lijn hiermee wordt in een recent verschenen wetsvoorstel voorgesteld te voorzien in de bevoegdheid om een cassatieberoep niet ontvankelijk te verklaren ‘wanneer de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen, omdat de partij die het cassatieberoep instelt klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep of omdat de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden’ (artikel 80a lid 1 RO-nieuw; ik baseer mij hierbij op de ‘versie nader rapport’ zoals op 16 december 2010 gepubliceerd op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)). Over de voorstellen van de commissie-Hammerstein en een eerder verschenen conceptwetsvoorstel is reeds het nodige geschreven; het meeste recente werk betreft de binnenkort te verschijnen bundel van Hol, Giesen & Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025. Contouren van de toekomstige cassatierechtspraak*, Den Haag: BJu 2011.

5.

Het voorgestelde selectiemechanisme strekt ertoe dat kansloze klachten of klachten die maar weinig om het lijf hebben, zo snel mogelijk uit het systeem worden gefilterd. Op dit moment is nog niet in detail uitgewerkt hoe de selectieprocedure wordt ingericht en op welke wijze het voorgestelde ontvankelijkheidscriterium nader wordt ingevuld, al zijn daarover binnen de Hoge Raad en het Parket de gedachten tot op zekere hoogte uitgekristalliseerd (zie de bijdragen van Van Schendel en Machielse in *De Hoge Raad in 2025*). Naar het zich laat aanzien, draagt het Parket de zaken aan waarin niet-ontvankelijkverklaring zou moeten plaatsvinden. De Hoge Raad beoordeelt deze zaken, in principe zonder dat het Parket de zaak van een (uitgewerkte) conclusie voorziet.

De ontvankelijkheidsbeoordeling geschiedt niet aan de hand van het gehele dossier, maar op basis van — uiteraard — de cassatieschriftuur (artikel 80a lid 2 RO-nieuw), al dan niet aangevuld met enkele processtukken zoals de bestreden uitspraak, het proces-verbaal van het onderzoek ter terechtzitting of de pleitnota. Aan de hand daarvan wordt beoordeeld of de klachten ‘klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden dan wel dat sprake is van ‘klaarblijkelijk onvoldoende belang’ bij het cassatieberoep. Dit criterium kent een zekere vaagheid, vooral waar het gaat om de vraag of sprake is van ‘klaarblijkelijk onvoldoende belang’. Blijkens de MvT kan worden gedacht ‘aan gevallen waarin na verwijzing toch geen andere beslissing zou kunnen volgen en het cassatieberoep zou moeten afstuiten op gebrek aan belang’ (p. 29). Uit de MvT spreekt iets meer terughoudendheid ter zake van het aannemen van klaarblijkelijk onvoldoende belang, dan uit het rapport van de commissie-Hammerstein (waarin dit onderdeel van het ontvankelijkheidscriterium ook anders wordt omschreven: geen significant nadeel). De precieze invulling van het ontvankelijkheidscriterium zal zich in de toepassing moeten uitkristalliseren. Het is geenszins uitgesloten dat in de loop van de tijd de Hoge Raad de selectielat hoger zal leggen — dus sneller niet-ontvankelijkheid zal aannemen — dan in de eerste fase na invoering van het selectiemechanisme.

6.

Deze korte omschrijving maakt duidelijk dat met de invoering van het selectiesysteem de cassatieschriftuur een (nog meer) prominente rol zal gaan spelen. Een goede en adequate verwoording van de klacht is van belang zodat het voor het Parket en de Hoge Raad direct helder is wat de inzet van de cassatieprocedure is. Daarbij geldt dat in de selectiefase het Parket en de Hoge Raad niet kennis van het gehele dossier zullen (hoeven te) nemen, waardoor niet uit de cassatieschriftuur blijken gebreken in de bestreden uitspraak niet eenvoudig aan het licht komen en dus ook niet op enigerlei wijze van invloed zullen zijn op de selectiebeslissing. Voorts moet in de toelichting duidelijk worden gemaakt dat gegrondverklaring van het middel enig verschil kan maken voor de uitkomst van de procedure en dat de klacht dus niet bij voorbaat kansloos of van klaarblijkelijk onvoldoende belang is. Indirect wordt ook de betekenis van ambtshalve cassatie (nog) kleiner. Ambtshalve cassatie is immers alleen aan de orde indien het cassatieberoep ontvankelijk en dus niet in de selectiefase is blijven steken. Tegen deze achtergrond behoeft het geen toelichting dat, na de invoering van het selectiestelsel, het belang van een goede rechtsbijstand in de cassatiefase niet kan worden overschat.

De invoering van het selectiestelsel betekent overigens niet dat de Hoge Raad zich in de toekomst niet meer zou bekommeren om de rechtsbescherming van verdachten en andere betrokkenen in de cassatieprocedure. Maar voor het bieden van die rechtsbescherming moet wél voldoende aanleiding bestaan. Dat kan men beschouwen als een achteruitgang ten opzichte van de huidige situatie (vgl. onder andere Franken in De Hoge Raad in 2025). Tegelijkertijd geldt dat juist die zakelijke opstelling een waarborg vormt dat de Hoge Raad in de toekomst meer tijd kan besteden aan de zaken die er werkelijk toe doen en daardoor een substantiële bijdrage kan blijven leveren aan niet alleen rechtseenheid en rechtsvorming, maar juist ook aan rechtsbescherming. (Overigens zullen die perspectieven — rechtseenheid, rechtsvorming en rechtsbescherming — veelal samenlopen. Denk in dit verband bijvoorbeeld aan het principiële en praktijkgerichte arrest over het instellen van rechtsmiddelen door middel van een brief of fax, HR 22 december 2009, NJ 2010/102 m.nt. M.J. Borgers.)

7.

Tegen deze achtergrond kan worden geconstateerd dat de teneur in de hierboven afgedrukte uitspraak en de daarmee samenhangende rechtspraak – huiselijk gezegd: zonder duidelijke en relevante klacht bestaat voor de Hoge Raad in principe geen reden om in actie te komen – mede lijkt te zijn ingegeven door (en in ieder geval in overeenstemming is met) de strekking van de voorstellen van de commissie-Hammerstein. Voor in elk geval een deel van de hierboven afgedrukte en de onder 2 genoemde zaken lijkt te gelden dat, gesteld dat zij zou hebben gespeeld na invoering van het selectiemechanisme, deze in de selectiefase zouden (kunnen) stranden, juist vanwege het ontbreken van een goede en adequate verwoording van de klacht.

Dat de Hoge Raad thans reeds aansluiting lijkt te zoeken bij de voorstellen van de commissie-Hammerstein hoeft overigens geen verbazing te wekken, gelet op de aanbeveling in het rapport van deze commissie om, waar mogelijk, reeds in het huidige systeem te anticiperen op het selectiemechanisme (p. 46). Hammerstein werpt zijn schaduw vooruit.